

GUILHERME F. DIAS REISDORFER

DIREITO URBANÍSTICO CONTRATUAL

dos atos negociais aos contratos
de gestão urbana

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2014

Copyright © 2014 by Guilherme F. Dias Reisdorfer

Categoria: Direito Administrativo

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Luisa Maria D. G. Pereira

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

R375d

Reisdorfer, Guilherme F. Dias.

Direito urbanístico contratual : dos atos negociais aos acordos de gestão
urbana / Guilherme F. Dias Reisdorfer. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014.
257 p. ; 23 cm.

Bibliografia: p. 229-243.

ISBN 978-85-8440-068-3

1. Direito urbanístico – Brasil. 2. Direito administrativo – Brasil. 3. Con-
tratos administrativos – Brasil. 4. Parceria público-privada – Brasil. I. Título.

CDD – 347.81053

Sumário

Introdução.....	1
Parte I - Urbanismo e Direito Urbanístico.....	7
Capítulo 1. Urbanismo, Estado e Sociedade	7
1.1. A noção de urbanismo e as suas diversas acepções	7
1.1.1. Urbanismo como fato social.....	7
1.1.2. O urbanismo como técnica ou ciência.....	8
1.1.3. O urbanismo e a política.....	10
1.1.4. A complementaridade das noções	10
1.2. Do urbanismo moderno à formação do direito urbanístico:	
as relações entre Estado, sociedade e a cidade	11
1.2.1. O urbanismo negativo: a atuação pontual	
e restrita no ambiente urbano	13
1.2.2. A urbanização crescente e as demandas sociais:	
a configuração da sociedade plural e heterogênea	14
1.2.3. O desenvolvimento urbano e o surgimento	
de uma função pública urbanística	16
1.2.3.1. A intervenção estatal ativa e sistemática no ambiente urbano.....	16
1.2.3.2. A juridicização do urbanismo	17
1.2.3.3. Síntese: a consagração de uma função pública	
urbanística e o modelo de urbanismo estatal	19
1.2.4. A ampliação da intervenção estatal urbanística	
e o instrumental jurídico: do urbanismo ativo ao urbanismo global.....	19
1.2.4.1. As funções estatais ordenadoras e prestacionais.....	20
1.2.4.2. A função estatal de planejamento: a racionalização	
do desenvolvimento urbano	21
1.2.4.3. Síntese: a ideia de urbanismo global e planejado pelo Estado	24
1.2.4.3.1. O direito urbanístico e a concepção de integração territorial	24
1.2.4.3.2. A conformação das relações sociais – a propriedade	
como um direito estatutário, planejado e funcional.....	25

Capítulo 2. O Direito Urbanístico Brasileiro	29
2.1. Breve nota histórica.....	29
2.2. A Constituição Federal e a edição do Estatuto da Cidade: a estruturação do ordenamento urbanístico	31
2.3. O direito à cidade e os vetores fundamentais do ordenamento urbanístico brasileiro.....	33
2.3.1. O direito à cidade: conteúdo e dinâmica.....	33
2.3.1.1. Ainda as funções sociais da cidade: a sua instrumentalização à realização dos direitos fundamentais	33
2.3.1.2. O conteúdo do direito à cidade sustentável: a juridicidade em rede	34
2.3.1.3. A via de mão de dupla: a efetividade do direito à cidade é pressuposto para a realização dos direitos que o compõem	36
2.3.2. Os vetores para a realização do direito à cidade.....	37
2.3.2.1. O dever estatal de conceber, dirigir e executar uma política de desenvolvimento urbano: a concretização do direito à cidade	37
2.3.2.2. O urbanismo solidarista: a imposição de deveres como pressuposto para a concretização do direito à cidade.....	40
2.3.2.3. A gestão democrática e a participação social no desenvolvimento urbano	43
 Parte II - A Interação entre Estado e Sujeitos Privados no Desempenho de Atividades Públicas	 47
 Capítulo 3. O Estado Adepto do Consenso: A Utilização de Convenções no Exercício das Funções Estatais.....	 47
3.1. A construção do Estado moderno e o isolamento dos assuntos públicos no âmbito estatal	47
3.1.1. A tripartição das funções estatais e a noção de legalidade: a função administrativa sujeita à atividade legislativa	48
3.1.2. A concepção de um regime jurídico administrativo exorbitante: a dinâmica entre autoridade e legalidade	48
3.1.3. A separação do Estado em face da sociedade civil e a concepção da atividade administrativa autônoma.....	50
3.2. A crise da democracia representativa e a participação social nos assuntos públicos	53

3.2.1. A dinâmica da tripartição das funções estatais e a evolução das fontes normativas	53
3.2.2. A evolução nas formas de organização administrativa: o Estado policêntrico.....	56
3.2.3. As instâncias estatais e o diálogo com a sociedade: a democracia participativa	58
3.2.4. O fim do antagonismo entre Estado e sociedade e a realização conjunta de fins públicos: a eficiência para além do regime administrativo de exorbitância	62
3.3. Da participação social ao consenso no exercício de funções públicas.....	65
3.3.1. A participação de particulares no exercício da atividade administrativa: entre o dissenso e a composição de interesses	65
3.3.2. A formação de bases consensuais no desempenho da atividade estatal.....	69
3.3.2.1. O consenso mitigado em relação ao desempenho de funções estatais.....	69
3.3.2.2. A impossibilidade de reconduzir o consenso a um instituto jurídico determinado	70
3.3.2.3. A abordagem da ideia de consenso no presente trabalho e a contratualização da atividade administrativa	72
3.4. As técnicas convencionais em face da dogmática	73
3.4.1. O ato administrativo como eixo de desenvolvimento da dogmática administrativa.....	73
3.4.2. A teoria dos contratos administrativos por uma perspectiva legalista e segundo um regime de exorbitância	74
3.4.3. A valorização das técnicas convencionais na atividade administrativa.....	76
3.4.3.1. A contratualização sob um viés quantitativo: a crescente utilização da figura contratual propriamente dita.....	77
3.4.3.2. A contratualização qualitativa: a reconfiguração dos instrumentos utilizados pela Administração	78
3.4.4. Síntese sobre a dogmática: a reaproximação das competências administrativas unilaterais e contratuais segundo a ideia de consenso	83

Capítulo 4. O Direito Urbanístico Convencional - uma Abordagem	
Inicial Teórica	87
4.1. Uma primeira constatação: a insuficiência do urbanismo estatal	87
4.1.1. A frustração do ideal de planejamento racional e centralizado	87
4.1.2. O desenvolvimento de um direito urbanístico democrático e flexível	89
4.2. A subsidiariedade e a proporcionalidade como diretrizes operacionais da atuação urbanística	92
4.2.1. A noção de subsidiariedade e o direito urbanístico	92
4.2.2. A função pública urbanística e o caráter vinculante do planejamento estatal	93
4.2.3. O exercício da função pública e a concepção de urbanismo concertado: a aplicação das noções de subsidiariedade e proporcionalidade	94
4.3. Formas e técnicas de manifestação do urbanismo convencional	97
4.3.1. A utilização de instrumentos e técnicas menos imperativos de disciplina urbanística	97
4.3.2. A consagração de modelos de atuação menos centralizadores	99
4.4. A competência para a criação e aplicação dos mecanismos convencionais	101
4.4.1. Breve notícia do direito comparado: a atipicidade dos mecanismos convencionais urbanísticos e a consagração de cláusula geral de autonomia contratual	101
4.4.2. O direito brasileiro	102
Parte III - Os Instrumentos Urbanísticos Convencionais	107
Capítulo 5. Regulação Urbanística e Contratualização: As Restrições Urbanísticas e os Atos Administrativos Negociados	107
5.1. A regulação urbanística	107
5.2. A compatibilidade entre a regulação urbanística e a atuação convencional	109
5.3. Os parâmetros materiais para as estipulações convencionais	113
5.3.1. A questão da legalidade	113
5.3.1.1. O primado da legalidade	114
5.3.1.2. O conteúdo da reserva legal	117
5.3.2. A proporcionalidade das convenções	121

5.3.2.1. Adequação das medidas convencionadas: a vinculação à finalidade legal	121
5.3.2.2. A necessidade das medidas convencionadas: a certeza e liquidez das estipulações.....	123
5.3.2.3. A proporcionalidade em sentido estrito: a impossibilidade de frustração dos fins públicos ou de exaurimento do conteúdo da propriedade.....	124
5.3.3. A garantia de isonomia	125
5.4. O desenvolvimento procedimental das convenções.....	127
5.4.1. As funções do procedimento: a preservação de garantias jurídicas e a transparência da atividade estatal.....	127
5.4.2. O procedimento como via para racionalizar e agrupar as decisões estatais sobre a situação	128
5.5. A questão da estabilização da convenção e os requisitos para alteração superveniente.....	130
5.5.1. A regra geral da estabilidade.....	130
5.5.2. Hipóteses de revisão dos compromissos estabelecidos.....	133
5.6. As experiências convencionais no urbanismo regulamentar brasileiro.....	134
5.6.1. A outorga onerosa do direito de construir e a alteração de uso do solo.....	135
5.6.2. A transferência do direito de construir e a readequação do potencial construtivo	141
5.6.3. O loteamento.....	143
5.6.4. As operações interligadas	147
5.6.5. A operação urbana consorciada	150
5.7. Síntese: as características comuns às técnicas convencionais relacionadas à regulação urbanística.....	153

Capítulo 6. A Gestão Urbana Contratual: A Concessão

de Tarefas Públicas a Particulares.....	155
6.1. O objeto do capítulo	155
6.2. Operações urbanas e contratos públicos: breve panorama do direito brasileiro.....	157
6.3. A proposta de abordagem: análise da contratação de operações urbanas a partir da noção de concessão urbanística	162
6.3.1. A técnica concessória no direito urbanístico comparado.....	162

6.3.2. O direito brasileiro: a previsão e a admissibilidade da concessão urbanística.....	165
6.3.3. A caracterização da concessão urbanística: a visão global da intervenção e os encargos heterogêneos atribuídos ao particular	169
6.4. O conteúdo possível da contratação para a gestão urbana compartilhada	175
6.4.1. Questão preliminar: as tarefas urbanísticas e as funções estatais indelegáveis	175
6.4.1.1. Aspectos teóricos iniciais: os fundamentos em torno da indelegabilidade de determinadas atribuições estatais	175
6.4.1.2. A análise do direito positivo, com foco nas convenções entre o Estado e a iniciativa privada – o artigo 4º, III, da Lei 11.079/04.....	177
6.4.1.3. A convivência entre as tarefas delegáveis e indelegáveis no direito urbanístico	184
6.4.2. As atividades materiais passíveis de contratação urbanística	186
6.4.2.1. A urbanificação primária e secundária.....	186
6.4.2.2. A exploração de atividades privadas associadas à operação.....	187
6.4.2.3. A vinculação do patrimônio estatal à execução do projeto: a exploração de bens públicos.....	191
6.4.2.3.1. A criação e a manutenção de bens públicos como forma de execução do contrato	195
6.4.2.3.2. A utilização dos bens públicos como via de remuneração do particular.....	196
6.4.2.4. A aplicação de instrumentos jurídico-urbanísticos pelo particular	201
6.5. A operação urbanística e os terceiros por ela afetados.....	211
Considerações Finais.....	219
Referências Bibliográficas.....	229